

VU Research Portal

Case note: Hof van Justitie van de Europese Unie (Annotatie bij arrest HvJEU 'Kristensen/Experian' (C-476/11))

van der Poel, M.J.C.M.

2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van der Poel, M. J. C. M., (2013). *Case note: Hof van Justitie van de Europese Unie (Annotatie bij arrest HvJEU 'Kristensen/Experian' (C-476/11))*, Sep 26, 2013. (Pensioen jurisprudentie; Vol. 2013, No. 176).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

PJ 2013/176: Leeftijdscriminatie bij werkgeversbijdrage valt niet onder uitzonderingsgronden art. 6 lid 2 Richtlijn 2000/78. Leeftijdscriteria i...

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Instantie:	Hof van Justitie van de Europese Unie	Datum:	26 september 2013
Magistraten:	R. Silva de Lapuerta, G. Arestis, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, J. L. da Cruz Vilaça	Zaaknr:	C-476/11
Conclusie:	-		
Noot:	Mr. M.J.C.M. van der Poel	Roepnaam:	HK Danmark/Experian
Brondocumenten:	Uitspraak, Hof van Justitie van de Europese Unie, 26-09-2013		

Wetgang: Art. 6 lid 1 en lid 2, 2 lid 2 Richtlijn 2000/78; art. 8 lid 1 en lid 2 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Wgbla); art. 21 lid 1 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

Brondocument: HvJ EU, 26-09-2013, nr C-476/11

Essentie

Leeftijdscriminatie bij werkgeversbijdrage valt niet onder uitzonderingsgronden art. 6 lid 2 Richtlijn 2000/78. Leeftijdscriteria in actuariële berekeningen geen zelfstandige uitzonderingsgrond. Artikel 6 lid 2 verkeerd geïmplementeerd in artikel 8 lid 3 Wgbla.

Samenvatting

Het HvJ EU laat zich voor de eerste keer uit over het aantal zelfstandige uitzonderingsgronden in artikel 6 lid 2 Richtlijn 2000/78 en de onderlinge samenhang tussen de gronden. In de onderhavige procedure oordeelde het HvJ EU dat de leeftijdsgerelateerde, progressief stijgende werkgeversbijdrage in kwestie niet onder de reikwijdte valt van de uitzonderingsgronden in artikel 6 lid 2. Van groot belang voor Nederland en een aantal andere EU-landen is, dat uit dit arrest volgt, dat het toegestane gebruik van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen op grond van artikel 6 lid 2 beperkter is dan werd verondersteld. De Nederlandse regering is uitgegaan van het bestaan van drie zelfstandige uitzonderingsgronden op het verbod van leeftijdscriminatie bij de arbeid: bij de vaststelling van een (i) toetredingsleeftijd, (ii) pensioenleeftijd en (iii) bij het gebruik van actuariële berekeningen. Uit de overwegingen van het HvJEU in dit arrest volgt echter dat er geen drie, maar twee zelfstandige uitzonderingsgronden zijn. Te weten: de vaststelling van toetredingsleeftijden en pensioenleeftijden. Het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen is alleen toegestaan indien dit 'leidt' tot de vaststelling van een toetredings- of pensioenleeftijd (r.o. 53). De consequentie hiervan is dat Nederland artikel 6 lid 2 van Richtlijn 2000/78 niet juist heeft geïmplementeerd in artikel 8 lid 2 en 3 Wgbla en lid 3 zal moeten schrappen of aanpassen. Voor een toelaatbaar gebruik van leeftijdscriteria bij actuariële berekeningen in bestaande en toekomstige pensioenregelingen zal (alsnog) een objectieve rechtvaardiging moeten bestaan.

Partij(en)

In zaak C-476/11, [*] betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Vestre Landsret (Denemarken) bij beslissing van 14 september 2011, ingekomen bij het Hof op 19 september 2011, in de procedure
HK Danmark, optredend voor Glennie Kristensen,
tegen

Bewerkte uitspraak

Uitspraak

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: R. Silva de Lapuerta, kamerpresident, G. Arestis, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev (rapporteur)

en J. L. da Cruz Vilaça, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: A. Impellizzeri, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 15 november 2012,

gelet op de opmerkingen van:

- HK Danmark, optredend voor G. Kristensen, vertegenwoordigd door T. Sejr Gad, advocat,
 - Experian A/S, vertegenwoordigd door T. Brøgger Sørensen, advocat,
 - het Beskæftigelsesministeriet, vertegenwoordigd door P. Biering, advocat,
 - de Deense regering, vertegenwoordigd door C. Vang als gemachtigde, bijgestaan door P. Biering, advocat,
 - de Belgische regering, vertegenwoordigd door M. Jacobs en L. Van den Broeck als gemachtigden,
 - de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze en J. Möller als gemachtigden,
 - de Spaanse regering, vertegenwoordigd door S. Centeno Huerta en S. Martínez-Lage Sobredo als gemachtigden,
 - de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door C. Wissels en C. Schillemans als gemachtigden,
 - de Europese Commissie, vertegenwoordigd door J. Enegren en C. Barslev als gemachtigden,
- gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 7 februari 2013,
het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PB L 303, blz. 16).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen HK Danmark (hierna: 'HK'), optredend voor G. Kristensen, en Experian A/S (hierna: 'Experian'), over de rechtmatigheid van de door laatstgenoemde toegepaste bedrijfspensioenverzekering.

Toepasselijke bepalingen

Recht van de Unie

- 3 De punten 1, 4, 13 en 25 van de considerans van richtlijn 2000/78 luiden als volgt:

- '(1) Overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie is de Europese Unie gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben, en eerbiedigt de Unie de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden [, ondertekend te Rome op 4 november 1950] en zoals die uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht.
- [...]
- (4) Gelijkheid voor de wet en bescherming van eenieder tegen discriminatie is als universeel

- recht erkend door de Universele Verklaring van de rechten van de mens, door het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, door de Internationale Verdragen van de Verenigde Naties inzake burgerrechten en politieke rechten, respectievelijk inzake economische, sociale en culturele rechten, en door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, die door alle lidstaten zijn ondertekend; Verdrag nr. 111 van de Internationale Arbeidsorganisatie verbiedt discriminatie op het terrein van arbeid en beroep.
- [...]
 - (13) Deze richtlijn is niet van toepassing op regelingen inzake sociale zekerheid en sociale bescherming waarvan de voordelen niet worden gelijkgesteld met een beloning in de betekenis die aan dat woord wordt gegeven bij de toepassing van artikel [157 VWEU] noch op enige vorm van uitkering, door de staat verstrekt ter bevordering van de toegang tot of het behoud van de arbeid.
 - [...]
 - (25) Het verbod op discriminatie op grond van leeftijd vormt een fundamenteel element om de in de werkgelegenheidsrichtsnoeren gestelde doelen te bereiken en de diversiteit bij de arbeid te bevorderen; niettemin kunnen verschillen in behandeling op grond van leeftijd in bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd zijn en derhalve specifieke bepalingen nodig maken die naargelang de situatie in de lidstaten kunnen verschillen; het is derhalve van essentieel belang onderscheid te maken tussen verschillen in behandeling die gerechtvaardigd zijn, met name door legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding, en discriminatie die verboden moet worden.'
- 4 Artikel 1 van richtlijn 2000/78 bepaalt dat deze richtlijn 'tot doel [heeft] met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden'.
- 5 Artikel 2, leden 1 en 2, sub a, van deze richtlijn luidt als volgt:
- '1. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder het beginsel van gelijke behandeling verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden.
 - 2. Voor de toepassing van lid 1 is er:
 - a) 'directe discriminatie', wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden'.
- 6 Artikel 3, lid 1, van deze richtlijn, met als opschrift 'Werkingsfeer', bepaalt:
- '1. Binnen de grenzen van de aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, is deze richtlijn zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen van toepassing met betrekking tot:
 - [...]
 - c) werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning;
 - [...]
- 7 Artikel 6 van diezelfde richtlijn, met als opschrift 'Rechtvaardiging van verschillen in behandeling op grond van leeftijd', luidt als volgt:
- '1. Niettegenstaande artikel 2, lid 2, kunnen de lidstaten bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Dergelijke verschillen in behandeling kunnen onder meer omvatten:

- a) het creëren van bijzondere voorwaarden voor toegang tot arbeid en beroepsopleiding, van bijzondere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, met inbegrip van voorwaarden voor ontslag en beloning voor jongeren, oudere werknemers en werknemers met personen ten laste, teneinde hun opnemings in het arbeidsproces te bevorderen, en hun bescherming te verzekeren;
- [...]
- 2. Niettegenstaande artikel 2, lid 2, kunnen de lidstaten bepalen dat de vaststelling, in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen, inclusief de vaststelling van verschillende leeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën werknemers, in de ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, en het gebruik, in het kader van die regelingen, van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen, geen discriminatie op grond van leeftijd vormt, mits dat niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht.'
- 8 Met betrekking tot de criteria inzake leeftijd en handicap heeft het Koninkrijk Denemarken gebruik gemaakt van de bij artikel 18, tweede alinea, van richtlijn 2000/78 geboden mogelijkheid om de termijn voor uitvoering van deze richtlijn te verlengen, en is deze termijn dus verstreken op 2 december 2006.

Deens recht

- 9 Richtlijn 2000/78 is in het Deense recht omgezet bij lov nr. 1417 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m. v. (wet nr. 1417 tot wijziging van de wet inzake het verbod van discriminatie op de arbeidsmarkt) van 22 december 2004 (hierna: 'antidiscriminatiwet').
- 10 § 6a van deze wet geeft uitvoering aan artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78 en luidt als volgt:

'Niettegenstaande het bepaalde in de §§ 2 tot en met 5 verzet deze wet zich niet tegen de vaststelling, in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, van een toetredingsleeftijd, noch tegen het gebruik, in het kader van die regelingen, van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen. Het gebruik van leeftijdscriteria mag niet leiden tot discriminatie op grond van geslacht.'

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

- 11 Op 19 november 2007 is Kristensen, toen 29 jaar, door Experian aangeworven om te werken voor de klantendienst. Betreffende het pensioen bepaalde punt 5.1 van haar arbeidsovereenkomst het volgende:

'5.1 Per 19 augustus 2008 [valt Kristensen] onder het door Scandia beheerde verplichte pensioenstelsel van [Experian]. [Experian] betaalt twee derde van de bijdrage en [Kristensen betaalt] het resterende derde deel ervan.

Voor dit pensioenstelsel van [Experian] sluit [Kristensen] (via Willis) een afzonderlijke overeenkomst met de beheerder van het pensioenstelsel, namelijk Scandia. De ouderdoms- en ziektekostenverzekering worden samen met de arbeidsovereenkomst aangeboden.

Geldende bijdragepercentages:

Jonger dan 35 jaar: werknemersaandeel 3 % — aandeel [Experian] 6 %;

Van 35 tot en met 44 jaar: werknemersaandeel 4 % — aandeel [Experian] 8 %;

Vanaf 45 jaar: werknemersaandeel 5 % — aandeel [Experian] 10 %.'
- 12 Uit het dossier waarover het Hof beschikt, blijkt dat de in het vorige punt van het onderhavige arrest beschreven bedrijfspensioenverzekering noch bij wet, noch bij collectieve arbeidsovereenkomst verplicht is gesteld, maar uitsluitend voortvloeit uit de tussen Experian en haar werknemers gesloten arbeidsovereenkomsten.
- 13 Het salaris van Kristensen bestond dus uit het overeengekomen basissalaris, namelijk 21 500 Deense kronen (DKK) per maand, vermeerderd met een werkgeversbijdrage voor het pensioen van 6 %, dus in totaal

22 790 DKK per maand. Indien Kristensen tussen 35 en 44 jaar zou zijn geweest, dan had zij met inbegrip van de werkgeversbijdrage voor het pensioen 23 220 DKK per maand ontvangen. Was zij ouder dan 45 geweest, dan had zij met inbegrip van de werkgeversbijdrage voor het pensioen 23 650 DKK ontvangen.

- 14 Kristensen heeft per 31 oktober 2008 ontslag genomen. HK, die voor haar optreedt, heeft, op basis van de antidiscriminatiewet en op grond dat het door Experian ingevoerde pensioenstelsel verboden leeftijdsdiscriminatie vormt, van Experian negen maanden salaris gevorderd als schadevergoeding alsmede betaling van de achterstallige pensioenbijdragen tegen het percentage voor werknemers ouder dan 45. Experian heeft deze vorderingen afgewezen op grond dat de pensioenstelsels in het algemeen niet onder het in de antidiscriminatiewet neergelegde verbod van discriminatie op grond van leeftijd vallen.
- 15 Daarop heeft het Vestre Landsret de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:
 - ‘1) Moet de uitzondering in artikel 6, lid 2, van richtlijn [2000/78], ten aanzien van de vaststelling, in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen, aldus worden uitgelegd dat de lidstaten op basis daarvan ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid in het algemeen kunnen uitzonderen van het in artikel 2 van [deze] richtlijn geformuleerde verbod van directe of indirecte discriminatie op grond van leeftijd, mits dat niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht?
 - 2) Moet de uitzondering in artikel 6, lid 2, van richtlijn [2000/78], ten aanzien van de vaststelling, in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen, aldus worden uitgelegd dat het een lidstaat niet verboden is een rechtssituatie te laten voortbestaan waarin een werkgever de mogelijkheid heeft om als onderdeel van de beloning leeftijdsafhankelijke pensioenbijdragen te betalen — waarbij bijvoorbeeld de bijdrage voor werknemers jonger dan 35 jaar 6 %, die voor werknemers van 35 tot en met 44 jaar 8 % en die voor werknemers vanaf 45 jaar 10 % bedraagt — mits dit niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht?’

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Tweede vraag

Opmerkingen vooraf

- 16 Met zijn tweede vraag, die eerst moet worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een bedrijfspensioenverzekering waarbij een werkgever, als bestanddeel van het salaris, pensioenbijdragen betaalt die hoger worden naargelang de leeftijd van de werknemer onder artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78 valt.
- 17 Vooraf dient te worden vastgesteld dat het hoofdgeding gaat over een geschil tussen twee particulieren over een beweerde leeftijdsdiscriminatie die niet voortvloeit uit een wettelijk vereiste of een collectieve arbeidsovereenkomst, maar uitsluitend uit de tussen Kristensen en Experian gesloten arbeidsovereenkomst. Het is in het kader van dit geding dat HK, optredend voor Kristensen, zich op de bepalingen van richtlijn 2000/78 beroept.
- 18 Het is vaste rechtspraak van het Hof dat een richtlijn, aangezien zij formeel tot de lidstaten is gericht, uit zichzelf aan particulieren geen verplichtingen kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen (zie met name arresten van 26 februari 1986, Marshall, 152/84, Jurispr. blz. 723, punt 48; 14 juli 1994, Faccini Dori, C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punt 20, en 19 januari 2010, Küçükdeveci, C-555/07, Jurispr. blz. I-365, punt 46).
- 19 Daarnaast moet echter eveneens in herinnering worden gebracht dat het Hof de gelding van een beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd heeft erkend, dat als een algemeen beginsel van het recht van de Unie moet worden beschouwd en dat voor het gebied van arbeid en beroep in richtlijn 2000/78 nader is uitgewerkt (zie in die zin reeds aangehaald arrest Küçükdeveci, punt 21). Het verbod van iedere discriminatie, met name op grond van leeftijd, is opgenomen in artikel

- 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: 'Handvest'), dat sinds 1 december 2009 dezelfde juridische waarde heeft als de Verdragen.
- 20 Het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd geldt in een situatie als in het hoofdgeding echter slechts als die situatie binnen de werkingssfeer van het recht van de Unie valt (arrest Küçükdeveci, punt 23).
- 21 Dat is in de onderhavige zaak het geval. Ten eerste beoogt § 6a van de antidiscriminatiewet immers uitvoering te geven aan artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78. Het is binnen deze context — en in ieder geval na het verstrijken van de termijn voor de uitvoering van richtlijn 2000/78 door de betrokken lidstaat, die voor het Koninkrijk Denemarken is verstreken op 2 december 2006 — dat de beweerdte discriminerende handelswijze in het hoofdgeding zich heeft voorgedaan.
- 22 Ten tweede valt de beweerdte discriminerende bedrijfspensioenverzekering in het hoofdgeding binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/78.
- 23 Zowel uit de titel en de considerans als uit de inhoud van deze richtlijn blijkt immers dat zij ertoe strekt een algemeen kader in te stellen om voor eenieder gelijke behandeling 'in arbeid en beroep' te verzekeren, door een doeltreffende bescherming te bieden tegen discriminatie op een van de in artikel 1 van de richtlijn genoemde gronden, waaronder leeftijd.
- 24 Meer in het bijzonder vloeit uit artikel 3, lid 1, sub c, van richtlijn 2000/78 voort dat deze richtlijn binnen de grenzen van de aan de Unie toegedeelde bevoegdheden 'zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, [van toepassing is] op alle personen' met betrekking tot onder meer 'werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning'.
- 25 In dit verband moet de werkingssfeer van richtlijn 2000/78, gelet op artikel 3, lid 1, sub c, en lid 3, ervan, gelezen in samenhang met punt 13 van de considerans ervan, aldus worden begrepen dat daaronder niet vallen de stelsels voor sociale zekerheid en sociale bescherming waarvan de uitkeringen niet worden gelijkgesteld met een beloning in de betekenis die voor de toepassing van artikel 157, lid 2, VWEU aan dat woord wordt gegeven, en evenmin uitkeringen van welke aard ook die door de staat worden verstrekt en die toegang tot arbeid of behoud van arbeid tot doel hebben (arresten van 1 april 2008, Maruko, C-267/06, Jurispr. blz. I-1757, punt 41, en 10 mei 2011, Römer, C-147/08, Jurispr. blz. I-3591, punt 32).
- 26 Het begrip beloning in de zin van artikel 157, lid 2, VWEU omvat alle huidige of toekomstige voordelen in geld of in natura, mits deze, zij het ook indirect, door de werkgever aan de werknemer uit hoofde van diens dienstbetrekking worden betaald (zie met name arrest van 17 mei 1990, Barber, C-262/88, Jurispr. blz. I-1889, punt 12).
- 27 Het hoofdgeding betreft werkgeversbijdragen die de onderneming Experian heeft betaald voor haar werknemers tijdens hun tewerkstelling in deze onderneming. Het betreft niet pensioenuitkeringen die wegens hun pensionering zijn verschuldigd.
- 28 Bovendien is de verbintenis van de werkgever om deze bijdragen te betalen uitsluitend het gevolg van de tussen deze werkgever en zijn werknemers gesloten arbeidsovereenkomst en is hij daartoe niet wettelijk verplicht. De bedrijfspensioenverzekering die in het hoofdgeding aan de orde is, wordt gefinancierd door zowel de werkgever, voor twee derde van de bijdragen, als door de werknemer, voor het resterende deel ervan, zonder dat de overheid daaraan bijdraagt. Bijgevolg behoort die verzekering tot de voordelen die de werkgever aan zijn werknemers aanbiedt.
- 29 Het is stellig juist dat deze bijdragen niet rechtstreeks aan de werknemer worden betaald, maar op zijn persoonlijke pensioenspaarrekening worden gestort. Zoals Experian heeft aangegeven in antwoord op een door het Hof gestelde vraag, beschikt elke werknemer echter zelf over zijn eigen pensioenspaarrekening en beslist deze werknemer, samen met een in pensioenen gespecialiseerde adviseur, hoe het gespaarde bedrag het best wordt geïnvesteerd om later een pensioen te ontvangen.
- 30 De werkgeversbijdragen die in het kader van de betrokken bedrijfspensioenverzekering worden betaald, vormen dus een huidig voordeel in geld dat door de werkgever aan de werknemer wordt betaald wegens diens verrichte arbeid, en dus een beloning in de zin van artikel 157, lid 2, VWEU. Bijgevolg vallen deze bijdragen binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/78.

- 31 Uit het voorgaande volgt dat het in artikel 21 van het Handvest vervatte beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, dat nader is uitgewerkt in richtlijn 2000/78, de basis dient te vormen voor het onderzoek van de vraag of het recht van de Unie in de weg staat aan een bedrijfspensioenverzekering als aan de orde in het hoofdgeding.
- 32 Bijgevolg moet de tweede vraag aldus worden begrepen dat de verwijzende rechter daarmee in wezen wenst te vernemen of het in artikel 21 van het Handvest vervatte beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, dat nader is uitgewerkt in richtlijn 2000/78, en, meer in het bijzonder, de artikelen 2 en 6, lid 2, van deze richtlijn, aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een bedrijfspensioenverzekering op grond waarvan een werkgever, als bestanddeel van het salaris, pensioenbijdragen betaalt die hoger worden naargelang de leeftijd van de werknemer.
- 33 Ter beantwoording van deze vraag moet in de eerste plaats worden nagegaan of de bedrijfspensioenverzekering in het hoofdgeding tot een verschil in behandeling op grond van leeftijd leidt.

Verskil in behandeling op grond van leeftijd

- 34 Krachtens artikel 2, lid 1, van richtlijn 2000/78 moet onder het beginsel van gelijke behandeling worden verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van een van de in artikel 1 van deze richtlijn genoemde gronden, waaronder leeftijd. Artikel 2, lid 2, sub a, van deze richtlijn preciseert dat er voor de toepassing van lid 1 van dat artikel sprake is van directe discriminatie wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 van deze richtlijn genoemde gronden.
- 35 Aangezien Kristensen op het ogenblik dat zij werd aangeworven jonger dan 35 was, bedroeg de door Experian voor haar aan de pensioenverzekering betaalde werkgeversbijdrage 6 % van haar basissalaris. Haar totale maandsalaris, samengesteld uit het basissalaris en verhoogd met de werkgeversbijdragen, was dus lager dan het totale maandsalaris van een werknemer die hetzelfde basissalaris ontving maar ouder was dan 35. Voor werknemers van Experian tussen 35 en 45 jaar bedragen de werkgeversbijdragen immers 8 % van het basissalaris en voor werknemers die ouder zijn dan 45 jaar 10 % van het basissalaris. Bijgevolg bestaat er een rechtstreeks verband tussen het lagere maandsalaris van jongere werknemers — en dus de omstandigheid dat zij ongunstiger worden behandeld — en hun leeftijd.
- 36 Daaruit volgt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bedrijfspensioenverzekering een verschil in behandeling op grond van leeftijd instelt.
- 37 In de tweede plaats moet worden onderzocht of dit verschil in behandeling een discriminatie kan vormen die is verboden door het in artikel 21 van het Handvest vervatte en in richtlijn 2000/78 nader uitgewerkte beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd.
- 38 In dit verband kunnen de lidstaten volgens artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78, waarnaar de verwijzende rechter in de formulering van zijn tweede vraag verwijst, in bepaalde gevallen bepalen dat een verschil in behandeling geen discriminatie op grond van leeftijd vormt.
- 39 Bijgevolg moet worden onderzocht of het in punt 36 van het onderhavige arrest vastgestelde verschil in behandeling zijn rechtvaardiging kan vinden in artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78.

Artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78 als rechtvaardigingsgrond voor het verschil in behandeling op grond van leeftijd

- 40 Volgens de Franse taalversie van artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78, kunnen de lidstaten, niettegenstaande artikel 2, lid 2, van richtlijn 2000/78, bepalen: 'ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité, y compris la fixation, pour ces régimes, d'âges différents pour des travailleurs ou des groupes ou catégories de travailleurs et l'utilisation, dans le cadre de ces régimes, de critères d'âge dans les calculs actuariels, à condition que cela ne se traduise pas par des discriminations fondées sur le sexe'

- (dat de vaststelling, in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen, inclusief de vaststelling van verschillende leeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën werknemers, in de ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, en het gebruik, in het kader van die regelingen, van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen, geen discriminatie op grond van leeftijd vormt, mits dat niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht).
- 41 De Deense taalversie van artikel 6, lid 2, van deze richtlijn wijkt af van de versie die in het vorige punt van het onderhavige arrest is overgenomen aangezien zij met name niet verwijst naar 'pensioen- of invaliditeitsuitkeringen'.
 - 42 In dit verband moet in herinnering worden gebracht dat volgens vaste rechtspraak de bepalingen van het recht van de Unie op uniforme wijze moeten worden uitgelegd en toegepast tegen de achtergrond van de versies die in alle talen van de Unie zijn vastgesteld. Indien de verschillende taalversies van een tekst van het recht van de Unie van elkaar afwijken, moet de betrokken bepaling worden uitgelegd met inachtneming van de algemene opzet en de doelstelling van de regeling waarvan zij een onderdeel vormt (zie met name arrest van 8 december 2005, Jyske Finans, C-280/04, Jurispr. blz. I-10683, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
 - 43 Wat de andere taalversies van artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78 betreft moet worden vastgesteld dat zij, zoals de in punt 40 van het onderhavige arrest weergegeven Franse taalversie, uitdrukkelijk verwijzen naar de vaststelling, in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen. Zo spreekt bijvoorbeeld de Spaanse taalversie van 'la determinación, para los regímenes profesionales de seguridad social, de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a las mismas', gebruikt de Duitse taalversie van deze bepaling de woorden 'bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit die Festsetzung von Altersgrenzen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität', verwijst de Engelse taalversie van de betrokken bepaling naar 'the fixing for occupational social security schemes of ages for admission or entitlement to retirement or invalidity benefits' en gebruikt de Poolse taalversie van diezelfde bepaling de formulering 'ustalenie, dla systemów zabezpieczenia społecznego pracowników, wieku przyznania lub nabycia praw do świadczeń emerytalnych lub inwalidzkich'.
 - 44 De bewoordingen van artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78, in de in het vorige punt van het onderhavige arrest vermelde taalversies, suggereren bovendien dat deze bepaling slechts geldt voor de in die bepaling uitputtend vermelde gevallen. Indien de wetgever van de Unie de werkingssfeer van deze bepaling had willen uitbreiden tot andere gevallen dan die welke uitdrukkelijk in deze bepaling zijn vermeld, dan had hij dit immers ondubbelzinnig duidelijk gemaakt, bijvoorbeeld door het gebruik van de bijwoordelijke bepaling 'met name'.
 - 45 Deze zienswijze vindt steun in de algemene opzet en het doel van richtlijn 2000/78. Deze richtlijn geeft immers op het gebied van arbeid en beroep nadere invulling aan het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, dat als een algemeen beginsel van het recht van de Unie wordt beschouwd (zie in die zin arrest Küçükdeveci, reeds aangehaald, punt 21). Het verbod van iedere discriminatie, met name op grond van leeftijd, is bovendien neergelegd in artikel 21 van het Handvest, dat sedert 1 december 2009 dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft.
 - 46 Aangezien artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78 de lidstaten de mogelijkheid biedt een uitzondering te maken op het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, moet deze bepaling restrictief worden uitgelegd (zie arrest van 26 september 2013, Dansk Jurist-og Økonomforbund, C-546/11, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 41).
 - 47 Een uitlegging van artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78 waarbij deze bepaling zou gelden voor elk soort ondernemings- en sectoriële regeling inzake sociale zekerheid, zou — in strijd met de restrictieve uitlegging die aan die bepaling moet worden gegeven — tot een uitbreiding van de werkingssfeer ervan leiden (reeds aangehaald arrest Dansk Jurist-og Økonomforbund, punt 42).
 - 48 Daaruit volgt dat artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78 slechts geldt voor ondernemings- en

- sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid die de risico's van ouderdom en invaliditeit dekken (arrest Dansk Jurist-og Økonomforbund, punt 43).
- 49 Aangenomen dat de leeftijdsafhankelijke progressiviteit van de pensioenbijdragen past in het kader van een ondernemings- en sectoriële regeling inzake sociale zekerheid die het risico van ouderdom dekt, moet nog worden onderzocht of deze progressiviteit onder de in artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78 bedoelde gevallen valt, namelijk 'de vaststelling [...] van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen', inclusief het 'gebruik [...] in het kader van die regelingen, van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen'.
- 50 In dit verband moet worden vastgesteld dat de bedrijfspensioenverzekering die in het hoofdgeding aan de orde is, geen toetredingsleeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioenuitkeringen vaststelt, aangezien de werknemers van Experian na negen maanden voor de onderneming te hebben gewerkt automatisch bij deze verzekering worden aangesloten. Bijgevolg vormt leeftijdsafhankelijke progressiviteit van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde pensioenbijdragen op zich geen 'vaststelling [...] van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioenuitkering' in de zin van artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78.
- 51 De Deense, de Belgische, en de Duitse regering en de Europese Commissie voeren echter aan dat deze bepaling aldus moet worden uitgelegd dat zij niet enkel geldt voor de vaststelling van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioenuitkeringen, maar tevens, a fortiori, voor minder ernstige vormen van discriminatie op grond van leeftijd, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is.
- 52 Deze redenering kan niet worden aanvaard. De pensioenbijdragen die in het hoofdgeding aan de orde zijn, vormen immers, zoals is vastgesteld in punt 30 van het onderhavige arrest, een bestanddeel van het salaris van de werknemers van Experian. De leeftijdsafhankelijke progressiviteit van deze bijdragen kan dus gevolgen hebben die verder strekken dan een eenvoudige vaststelling van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioenuitkeringen. Voorts moet artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78, zoals is opgemerkt in punt 46 van het onderhavige arrest, restrictief worden uitgelegd. Bijgevolg kunnen binnen de werkingssfeer van deze bepaling niet alle elementen vallen die kenmerkend zijn voor een ondernemings- en sectoriële regeling inzake sociale zekerheid die de risico's van ouderdom en invaliditeit dekt, zoals met name de vaststelling van de hoogte van de bijdragen aan die verzekering, maar enkel die elementen die uitdrukkelijk in die bepaling zijn vermeld.
- 53 Om diezelfde reden kan een dergelijke vaststelling ook niet worden gelijkgesteld met een 'gebruik [...] van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen' in de zin van artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78, aangezien deze vaststelling in ieder geval niet leidt tot een vaststelling van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioenuitkeringen.
- 54 Daaruit volgt dat de leeftijdsafhankelijke progressiviteit van de pensioenbijdragen niet onder artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78 valt.

Artikel 6, lid 1, van richtlijn 2000/78 als rechtvaardigingsgrond voor het verschil in behandeling op grond van leeftijd

- 55 Aangezien leeftijdsafhankelijke progressiviteit van de pensioenbijdragen een verschil in behandeling op grond van leeftijd vormt die, zoals is vastgesteld in punt 54 van het onderhavige arrest, niet onder artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78 valt, moet worden onderzocht of deze maatregel een rechtvaardiging kan vinden in artikel 6, lid 1, van deze richtlijn.
- 56 De omstandigheid dat de verwijzende rechter zijn vraag formeel heeft beperkt tot een vraag om uitlegging van artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/78, belet het Hof immers niet om hem alle uitleggingsgegevens met betrekking tot het recht van de Unie te verschaffen die van nut kunnen zijn voor de beslechting van de voor hem dienende zaak, ongeacht of deze in zijn vraag worden genoemd (zie in die zin arrest van 21 juli 2011, Stewart, C-503/09, Jurispr. blz. I-6497, punt 79 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 57 Volgens artikel 6, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2000/78 vormt een verschil in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie indien dat verschil in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.
- 58 Wat ten eerste de vraag betreft of de ondernemings- en sectoriële regeling in het hoofdgeding een legitiem doel heeft, voeren Experian en de Deense regering aan dat deze in de eerste plaats aan oudere werknemers die in een latere fase van hun loopbaan bij Experian beginnen te werken, de mogelijkheid biedt om tijdens een relatief korte aansluitingsperiode een redelijk pensioenbedrag bijeen te sparen. Voorts beoogt deze regeling jonge werknemers tijds in dezelfde bedrijfspensioenverzekering te integreren, waarbij deze echter, gelet op de omstandigheid dat voor hen lagere bijdragepercentages gelden, over een groter deel van hun salaris kunnen beschikken. Middels deze regeling kunnen aldus alle werknemers van Experian een redelijk pensioenbedrag bijeen sparen waarover zij bij hun pensionering kunnen beschikken.
- 59 Volgens Experian is de voor de betrokken regeling kenmerkende leeftijdsafhankelijke progressiviteit van de pensioenbijdragen in de tweede plaats gerechtvaardigd omdat de risico's van overlijden, arbeidsongeschiktheid en ernstige ziekte, waarvan de kosten toenemen met de leeftijd, moeten worden gedekt. Een deel van deze bijdragen dient immers om deze risico's te dekken.
- 60 In dit verband moet in herinnering worden gebracht dat bij de huidige stand van het Unierecht de lidstaten en, in voorkomend geval, de sociale partners op nationaal niveau over een ruime beoordelingsmarge beschikken om niet enkel te kiezen welke van meerdere doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid zij specifiek willen nastreven, maar ook om te bepalen met welke maatregelen deze doelstelling kan worden verwezenlijkt (arrest van 16 oktober 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05, Jurispr. blz. I-8531, punt 68).
- 61 Deze overwegingen gelden eveneens voor de doelstellingen die in het kader van een tot een arbeidsovereenkomst behorende bedrijfspensioenverzekering, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, worden nagestreefd.
- 62 Vastgesteld moet worden dat doelstellingen als vermeld in de punten 58 en 59 van het onderhavige arrest — die in het kader van een sociaal, werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid rekening houden met de belangen van de totaliteit van de werknemers van Experian teneinde een redelijk pensioenbedrag bijeen te sparen voor wanneer de werknemer met pensioen gaat — geacht kunnen worden legitiem te zijn.
- 63 Ten tweede moet worden nagegaan of de leeftijdsafhankelijke progressiviteit van de bijdragen het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt, namelijk of dit stelsel voor het bereiken van deze doelstellingen passend en noodzakelijk is.
- 64 Aangaande allereerst de vraag of een dergelijke leeftijdsafhankelijke progressiviteit van de bijdragen passend is, blijkt dit stelsel oudere werknemers, dankzij de voor hen geldende hogere werkgevers- en werknemersbijdragen, de mogelijkheid te bieden een redelijk pensioenbedrag bijeen te sparen, zelfs indien deze werknemers zich relatief laat bij de betrokken pensioenverzekering hebben aangesloten. Daarnaast stelt dit stelsel ook jonge werknemers in staat zich bij deze pensioenverzekering aan te sluiten, aangezien deze verzekering openstaat voor elke werknemer van Experian, ongeacht de leeftijd, waarbij de financiële last van deze aansluiting voor jongere werknemers echter lichter is omdat de door hen te betalen bijdragen daadwerkelijk lager zijn dan de door oudere werknemers te betalen bijdragen.
- 65 Daarnaast lijkt de toepassing van hogere werkgevers- en werknemersbijdragen voor oudere werknemers in beginsel passend om te verzekeren dat een groter deel van deze bijdragen wordt voorbehouden voor het dekken van risico's van overlijden, arbeidsongeschiktheid en ernstige ziekte, die vanuit statistisch oogpunt vaker voorkomen bij oudere werknemers.
- 66 In dergelijke omstandigheden is het niet onredelijk ervan uit te gaan dat de leeftijdsafhankelijke progressiviteit van de bijdragen de in de punten 58 en 59 van het onderhavige arrest genoemde

doelstellingen kan bereiken.

- 67** In herinnering moet echter worden gebracht dat volgens vaste rechtspraak een maatregel slechts passend is om de verwezenlijking van de gestelde doelstellingen te verzekeren, indien deze maatregel deze doelstellingen daadwerkelijk op coherente en systematische wijze nastreeft (arrest van 21 juli 2011, Fuchs en Köhler, C-159/10 en C-160/10, Jurispr. blz. I-6919, punt 85).
- 68** Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of de leeftijdsafhankelijke progressiviteit van de bijdragen aan dit vereiste voldoet, waarbij hij ervoor moet waken dat deze niet verder gaat dan noodzakelijk is om de nagestreefde doelstellingen te bereiken. Wat dat laatste punt betreft staat het aan hem om te onderzoeken of de nadelige gevolgen van het vastgestelde verschil in behandeling door de voordelen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bedrijfspensioenverzekering worden gecompenseerd. De verwijzende rechter dient in het bijzonder rekening te houden met de omstandigheid dat, enerzijds, deze verzekering voordelig was voor Kristensen aangezien haar werkgever bijdragen voor haar heeft betaald en, anderzijds, de lagere werkgeversbijdragen met de lagere werknemersbijdragen overeenstemmen, zodat het percentage van het basissalaris dat Kristensen zelf op haar pensioenspaarrekening moest storten, lager was dan het percentage van een werknemer die ouder is dan 45. Het staat aan de verwijzende rechter om deze elementen tegen elkaar af te wegen.
- 69** Gelet op een en ander moet op de tweede vraag worden geantwoord dat het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, dat is vervat in artikel 21 van het Handvest en nader is uitgewerkt in richtlijn 2000/78, en meer in het bijzonder de artikelen 2 en 6, lid 1, van deze richtlijn, aldus moeten worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan een bedrijfspensioenverzekering op basis waarvan een werkgever, als bestanddeel van het salaris, pensioenbijdragen betaalt die hoger worden naar gelang van de leeftijd van de werknemer, mits het daaruit voortvloeiende verschil in behandeling op grond van leeftijd passend en noodzakelijk is om een legitieme doelstelling te bereiken. Het staat aan de verwijzende rechter om dit na te gaan.

Eerste vraag

- 70** Gelet op het antwoord op de tweede vraag behoeft de eerste vraag niet te worden beantwoord.

Kosten

- 71** Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht:

Het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, dat is vervat in artikel 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en nader is uitgewerkt in richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, en meer in het bijzonder de artikelen 2 en 6, lid 1, van deze richtlijn, moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan een bedrijfspensioenverzekering op basis waarvan een werkgever, als bestanddeel van het salaris, pensioenbijdragen betaalt die hoger worden naar gelang van de leeftijd van de werknemer, mits het daaruit voortvloeiende verschil in behandeling op grond van leeftijd passend en noodzakelijk is om een legitieme doelstelling te bereiken. Het staat aan de verwijzende rechter om dit na te gaan.

ondertekeningen

Noot

Auteur: Mr. M.J.C.M. van der Poel

Kernvraag

1. De kernvraag die in dit arrest van het HvJEU ter beantwoording voor ligt is de volgende. Valt de leeftijdsgerelateerde, progressief stijgende werkgeversbijdrage aan een bedrijfspensioenregeling onder één van de uitzonderingen op het verbod van leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid van artikel 6 lid 2 van Richtlijn 2000/78/EG (de "Richtlijn")? Het Hof oordeelt kort gezegd dat het gemaakte onderscheid niet onder deze uitzonderingsgronden valt en derhalve alleen toelaatbaar is indien het onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden, zoals bedoeld in artikel 6 lid 1 van de Richtlijn.

Het belang van het arrest

2. Het Kristensen/Experian-arrest van het HvJEU is een belangwekkend arrest voor Nederland en vele andere EU-lidstaten. Het betreft de uitleg van artikel 6 lid 2 van de Richtlijn. In dit artikel is omschreven welke inbreuken op het verbod van leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid zijn toegestaan in pensioen- en invaliditeitsregelingen. Het is de eerste keer dat het Hof zich uitlaat over het aantal zelfstandige uitzonderingsgronden in artikel 6 lid 2 en de wijze waarop de genoemde uitzonderingen op het verbod van leeftijdonderscheid in onderlinge samenhang moeten worden gelezen. Van groot belang voor Nederland zijn de overwegingen van het Hof waaruit naar voren komt, dat het toegestane gebruik van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen als bedoeld artikel 6 lid 2 beperkter is dan tot op heden werd aangenomen.
3. In het algemeen wordt in Nederland aangenomen dat artikel 6 lid 2 van de Richtlijn drie uitzonderingen op het verbod van leeftijdonderscheid toelaat, die ook afzonderlijk als zodanig in de Nederlandse uitvoeringswet, de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid ("Wgbla") zijn gecodificeerd. Deze drie uitzonderingen zijn: 1) de toetredingsleeftijd, 2) de pensioenleeftijd (artikel 8 lid 2 Wgbla) en 3) verschillen op grond van actuariële berekeningen (artikel 8 lid 3 Wgbla). De laatste is uitdrukkelijk aangemerkt als een derde, afzonderlijke uitzondering, mede gelet op de plaatsing in een apart lid van artikel 8 Wgbla.^[1]
4. Uit het arrest van het Hof blijkt dat in artikel 6 lid 2 van de Richtlijn geen sprake is van drie zelfstandige uitzonderingsgronden, maar slechts van twee. Een inbreuk op het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd bij de arbeid is – blijkens r.o. 51 t/m 53 uit het arrest – slechts toegestaan ingeval sprake is van (i) het vaststellen van leeftijdsgrenzen voor de toetreding tot een pensioenregeling (de "**toetredingsleeftijd**") of (ii) het vaststellen van een leeftijd waarop de pensioen- of invaliditeitsuitkeringen starten (de "**pensioenleeftijd**"), tenzij dit leidt tot onderscheid op grond van geslacht. Onder deze uitzonderingsgronden vallen ook de vaststelling van verschillende toetredings- en pensioenleeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën werknemers. Het gebruik van leeftijdsgerelateerde actuariële factoren bij berekeningen in bedrijfspensioen- en invaliditeitsregelingen is volgens het Hof géén zelfstandige uitzonderingsgrond. Dit gebruik valt alleen onder de reikwijdte van de uitzonderingen in artikel 6 lid 2, indien de leeftijdscriteria in actuariële berekeningen worden gebruikt voor of – of in de bewoordingen van het Hof – 'leiden tot' de vaststelling van toetredingsleeftijden of pensioenleeftijden (r.o. 53).
5. Eén van de consequenties van deze uitspraak voor Nederland is dat artikel 6 lid 2 niet (geheel) juist is geïmplementeerd in de nationale wetgeving (art. 8 lid 3 Wgbla) wat betreft het gebruik van actuariële factoren. Onderstaand bespreek de relevante feiten, het toepasselijke recht en de overwegingen van het Hof die leiden tot bovenstaande conclusies. Ik sluit af met een aantal (mogelijke) gevolgen van het arrest voor pensioenregelingen.

Feiten

6. Werkneemster Kristensen treedt in november 2007 op 29-jarige leeftijd in dienst bij Experian (Denemarken). Na een dienstverband van amper een jaar neemt zij ontslag en spant een rechtszaak aan tegen Experian. De berekening van de pensioenbijdragen is volgens de werkneemster in strijd met de Deense antidiscriminatiwet en ook maakt het Deense pensioenstelsel volgens haar verboden leeftijdsdiscriminatie mogelijk. Kristensen nam op grond van haar arbeidsovereenkomst verplicht deel aan de pensioenregeling van Experian. De regeling is door Experian op vrijwillige basis in het leven geroepen en ondergebracht bij de beheerder

Scandia.

7. De premiebetaling in de pensioenregeling is als volgt vormgegeven. Experian voldoet twee derde van de pensioenpremie en de werknemer het overige deel. De werkgeversbijdrage wordt door Experian op de individuele pensioenspaarrekening van de werknemer gestort, waarover de werknemer zelf de beschikking heeft. Zowel de hoogte van de werkgeversbijdrage als die van de werknemersbijdrage is gekoppeld aan de leeftijd van de werknemer. Voor de volledigheid: alleen de toelaatbaarheid van de met de leeftijd stijgende werkgeverspremie staat in deze procedure ter discussie. De leeftijdscohorten en de bijhorende procentuele premies zijn als volgt: Leeftijdscohort < 35 jaar: werkgeversbijdrage 6%, werknemersbijdrage 3% (totaal 9%)
Leeftijdscohort 35 t/m 44 jaar: werkgeversbijdrage 4%, werknemersbijdrage 8% (totaal 12%)
Leeftijdscohort ≤ 45 jaar: werkgeversbijdrage 5%, werknemersbijdrage 10% (totaal 15%)
8. Kristensen bevindt zich in het leeftijdscohort < 35 jaar. In de door haar aangespannen procedure vordert zij negen maanden salaris als schadevergoeding en betaling van achterstallige pensioenbijdragen tegen het hoogste percentage dat geldt voor werknemers ouder dan 45. Tijdens de procedure besluit de Deense rechter in kwestie prejudiciële vragen te stellen aan het HvJEU over de uitleg van artikel 6 lid 2 van Richtlijn 2000/78/EG. In de uitspraak van het HvJEU staat de volgende prejudiciële vraag van de Deense rechter centraal: Is het een lidstaat op grond van artikel 6 lid 2 Richtlijn toegestaan een bedrijfspensioenregeling te laten voortbestaan waarbij een werkgever, als onderdeel van de beloning, aan zijn werknemers pensioenbijdragen betaalt die hoger worden naargelang de leeftijd van de werknemer stijgt, mits dit niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht?

Het toepasselijke recht

9. Het Hof stelt in deze procedure vast dat de voorgelegde vraag binnen het toepassingsbereik van de Richtlijn valt. De Richtlijn waarin artikel 6 lid 2 is opgenomen, geeft een algemeen kader om voor een ieder gelijke behandeling in arbeid en beroep te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van verschillende redenen, waaronder leeftijd (r.o. 23; zie ook HvJEU 8 september 2011, C-279/10 'Hennings en Mai', Jurispr. P. I-7965, punt 49). Denemarken heeft de bepalingen uit de Richtlijn geïmplementeerd in de Deense antidiscriminatiewet (r.o. 8).
10. In de Richtlijn wordt het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd geconcretiseerd. Dit beginsel is in het Unierecht erkend als een algemeen beginsel (zie HvJEU 19 januari 2010, C-555/07, Jurispr. P. I-365, punt 21 'Kücükdeveci') en verankerd in artikel 21 lid 1 van het EU-Handvest van de Grondrechten (het "Handvest"). Op grond van artikel 21 lid 1 Handvest is iedere vorm van discriminatie verboden; met name wordt discriminatie op grond van leeftijd genoemd. Het Handvest heeft sinds 1 december 2009 op grond van artikel 6 lid 1 VEU juridisch dezelfde rang als de EU-Verdragen. Artikel 21 lid 1 Handvest vormt ingevolge het Hof de basis voor de beantwoording van de kernvraag in het arrest Kristensen/Experian (zie r.o. 31).

De Richtlijn richt zich tot de lidstaten. Echter, aangezien sprake is van een vermeende inbreuk op het algemene beginsel van de Unie inzake non-discriminatie, dat met name is vastgelegd in artikel 21 lid 1 Handvest en nader is geconcretiseerd in de Richtlijn (r.o. 19), kan toch in een hoofdeding tussen particulieren zoals in casu het geval is, een beroep op de Richtlijn worden gedaan; mits aan alle voorwaarden is voldaan (r.o. 22).

11. Een van de voorwaarden voor de inroepbaarheid van de Richtlijn is, dat sprake moet zijn van een beloning in de zin van artikel 157 lid 2 VWEU. Het Hof stelt vast dat de premiebijdrage van Experian binnen dit beloningsbegrip valt (r.o. 30 t/m 31; zie ook overweging (13), considerans Richtlijn). Het beloningsbegrip omvat alle huidige of toekomstige voordelen in geld of natura, mits deze (direct of indirect) door de werkgever worden betaald aan de werknemer uit hoofde van diens dienstbetrekking (zie HvJEU 17 mei 1990, C-262/88, Jurispr. P. I-1889, 'Barber', r.o. 12; zie o.a. ook HvJEU, 26 september 2013, C-546/11 'Dansk Jurist – Økonomforbund', r.o. 25 t/m 29). Bij de werkgeversbijdrage van Experian is sprake van een huidig voordeel in geld, dat in het kader van de arbeidsovereenkomst wordt voldaan als tegenprestatie voor de arbeid. Het Hof acht daarbij mede van belang dat geen staatsbijdrage voor de pensioenregeling geldt (zie r.o. 26 t/m 30).
12. De leeftijdsafhankelijke, progressief stijgende werkgeversbijdrage kwalificeert als direct onderscheid bij de beloning. Kristensen ontvangt immers een minder hoge werkgeversbijdrage dan zijn oudere collega's. Dit onderscheid – in de woorden van het Hof: 'discriminatie' – is gerechtvaardigd als het onder de

uitzonderingsgronden van artikel 6 lid 2 valt. Zo nee, dan kan het onderscheid nog objectief gerechtvaardigd worden (art. 6 lid 1 Richtlijn).

Overigens is zowel indirect als direct onderscheid naar leeftijd verboden op grond van de Richtlijn, behoudens de daarin opgenomen uitzonderingen of het bestaan van een objectieve rechtvaardiging. Nederland heeft een paar jaar geleden nog, naar aanleiding van een ingebrekestelling van de Europese Commissie inzake de incorrecte implementatie van de Richtlijn, de Wgbla moet aanpassen door: (i) de definities van indirect en direct onderscheid in lijn te brengen met die in de Richtlijn, (i) op te nemen dat ook indirect leeftijds onderscheid verboden is; en (iii) niet langer een algemene uitzondering voor particuliere werkverhoudingen toe te staan (zie Stb. 2011, 554). De EC heeft op 30 mei 2013 deze zaak met nummer 2006/2444 geseponeerd.

Artikel 6 lid 2 Richtlijn - restrictieve uitleg

13. Wat was er vóór het arrest Kristensen/Experian bekend over de uitleg van artikel 6 lid 2? Vast staat, dat artikel 6 lid 2 restrictief moet worden uitgelegd. De reden hiervoor is dat de bepaling de lidstaten de mogelijkheid biedt een uitzondering te maken op het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd (HvJEU 26 september 2013, C-546/11 'Dansk Jurist – Økonomforbund', zie ook naar analogie HvJEU 12 januari 2010, C-341/08, Jurispr. P. I-47, punt 60 'Petersen').
14. In het recente arrest van het Hof 'Dansk Jurist' (HvJEU 26 september 2013, C-546/11, zie ook deze PJ-aflevering), waarin eveneens een Deense rechter prejudiciële vragen stelde, werd het Hof voor de eerste keer verzocht zich uit te spreken over de omvang van de in artikel 6 lid 2 opgenomen uitzonderingen op het beginsel van non-discriminatie voor ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid. In de Deense taalversie was, anders dan in bijvoorbeeld de Nederlandse, Franse, Spaanse, Engelse en Poolse taalversies van artikel 6 lid 2, de reikwijdte van deze bepaling niet uitdrukkelijk beperkt tot pensioen- en invaliditeitsregelingen. De Deense bepaling zag op alle typen ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid. Het Hof legde volgens vaste rechtspraak, de bepalingen van de Richtlijn op uniforme wijze uit en paste deze toe tegen de achtergrond van de verschillende taalversies van de lidstaten van artikel 6 lid 2. Daar de versies van elkaar afweken, geschiedde de uitleg met inachtneming van de algemene opzet en de doelstelling van de Richtlijn, in samenhang met artikel 21 lid 1 van het Handvest (zie r.o. 36 Dansk Jurist; zie met name ook HvJEU 8 december 2005, C-280/04, 'Jyske Finans, Jurispr. P. I-10683, punt 31). Het Hof kwam in het arrest 'Dansk Jurist' tot het oordeel dat de uitzonderingen in artikel 6 lid 2 van de Richtlijn waren beperkt tot pensioen- en invaliditeitsregelingen en de Deense taalversie van de Richtlijn en nationale wetgeving hiermee niet in lijn is. Bij dit oordeel sluit het Hof aan in de onderhavige uitspraak (r.o. 44 t/m 47).

Artikel 6 lid 2 Richtlijn - de twee uitzonderingsgronden

15. Voor een beter begrip van de uitleg die het Hof in het onderhavige arrest heeft gegeven van artikel 6 lid 2 en de consequenties daarvan voor de Nederlandse wetgeving, geef ik onderstaand de Nederlandse taalversie van artikel 6 lid 2 van de Richtlijn weer, de verkorte weergave van het artikel door het Hof in r.o. 49 en de tekst van de leden twee en drie van artikel 8 Wgbla (onderstrepingen en vet gedrukte woorden toegevoegd door ondergetekende).

Artikel 6 lid 2 Richtlijn: "*Niettegenstaande artikel 2, lid 2, kunnen de lidstaten bepalen dat de vaststelling, in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen, inclusief de vaststelling van verschillende leeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën werknemers, in de ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, en het gebruik, in het kader van die regelingen, van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen, geen discriminatie op grond van leeftijd vormt, mits dat niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht*".

Verkorte weergave Hof van artikel 6 lid 2 Richtlijn, zoals opgenomen in de Nederlandse taalversie van het arrest (r.o. 49): "*De vaststelling [...] van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen, inclusief het gebruik [...] in het kader van die regelingen, van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen*" (onderstreping toegevoegd door

ondergetekende)”.

Artikel 8 lid 3 Wgbla: “2. Het verbod van onderscheid is niet van toepassing op in pensioenvoorzieningen vastgelegde toetredingsleeftijden en op pensioengerechtigde leeftijden, alsmede op de vaststelling van verschillende toetredings- en pensioengerechtigde leeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën van werknemers.

3. Het verbod van onderscheid is niet van toepassing op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden”.

16. Bij lezing van de verkorte weergave van artikel 6 lid 2 door het Hof in r.o. 49 valt op dat slechts sprake lijkt te zijn van twee afzonderlijke uitzonderingsgronden: (i) bij de vaststelling van een toetredingsleeftijd en (ii) bij de vaststelling van een pensioenleeftijd. Het gebruik van leeftijdscriteria bij de actuariële factoren wordt, anders dan in bijvoorbeeld artikel 8 lid 3 Wgbla, niet genoemd als zelfstandige uitzonderingsgrond. Doordat het Hof het woord “inclusief” direct voor “het gebruik (...) van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen” plaatst, valt dit gebruik kennelijk alleen onder de uitzondering op het verbod van leeftijdsdiscriminatie indien het wordt aangewend voor de vaststelling van een toetredingsleeftijd of pensioenleeftijd. Dat geldt ook voor de vaststelling van verschillende leeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën werknemers; maar dat is geen nieuws voor Nederland. Nederland heeft daarentegen de woorden “en het gebruik van” uitgelegd als de aankondiging van een derde zelfstandige uitzonderingsgrond en deze als zodanig vastgelegd in het derde lid van artikel 8 Wgbla.
17. Het Hof stelt in de overwegingen vanaf r.o. 49 vast dat de bedrijfspensioenverzekering in kwestie niet onder de twee uitzonderingsgronden valt van artikel 6 lid 2. Er is in de pensioenregeling van Experian geen sprake van een toetredingsleeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen. Iedere werknemer die negen maanden werkzaam is geweest voor Experian gaat automatisch deelnemen aan de pensioenregeling. Het Hof concludeert daarom dat de leeftijdsafhankelijke progressiviteit van de werkgeversbijdrage geen vaststelling is van een toetredingsleeftijd. Dat geldt ook voor de vaststelling van een pensioenleeftijd (r.o. 50).
18. Mocht er op dit punt in het arrest nog twijfel kunnen bestaan over het aantal uitzonderingsgronden in artikel 6 lid 2, dan neemt het Hof deze mogelijkheid tot twijfelen weg in de daarop volgende rechtsoverwegingen (r.o. 51 t/m 54). Het Hof gaat in op het standpunt van een aantal lidstaten dat de uitzonderingen in artikel 6 lid 2 minder restrictief moeten worden uitgelegd dan de Spaanse regering en HK doen. Uit het arrest en de conclusie van de AG blijkt dat de Deense, Nederlandse, Belgische en Duitse regering in ieder geval hebben aangevoerd dat artikel 6 lid 2 niet alleen de vaststelling van de eerste twee uitzonderingsgronden ziet, maar ook op minder ernstige vormen van discriminatie op grond van leeftijd, zoals leeftijdsonderscheid bij actuariële berekeningen (r.o. 51 en r.o. 40 conclusie AG). De AG volgt voert in zijn conclusie aan dat sprake is van drie uitzonderingsgronden (zie punt 36):

“Deze bepaling [artikel 6 lid 2] noemt drie varianten in het kader waarvan leeftijdscriteria zijn toegestaan, namelijk de vaststelling van een leeftijdsgrens voor toetreding tot een dergelijke regeling (eerste variant), de vaststelling van een leeftijdsgrens voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen (tweede variant), en het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen (derde variant).”
19. De AG benadrukt dat de uitzonderingen op het discriminatieverbod op grond van leeftijd bij de arbeid restrictief moeten worden uitgelegd (r.o. 40), maar voegt daaraan toe dat deze restrictieve uitleg niet in de weg staan “aan maatregelen die minder ingrijpend zijn dan maatregelen die ook bij een strikte uitlegging zouden zijn toegestaan”, zoals in de onderhavige procedure (r.o. 40). Het categorisch uitsluiten van groepen werknemers aan een bedrijfspensioenregeling heeft volgens de AG onmiskenbare grotere gevolgen voor de uitgesloten werknemers dan een pensioenregeling waaraan wel alle werknemers mogen deelnemen en ‘alleen’ sprake is van leeftijdsonderscheid bij de hoogte van de premie. Daar het verschil in behandeling bij de premie geringer is dan het stellen van een toetredingsleeftijd, valt het onderscheid in kwestie volgens de AG onder de uitzondering voor ‘het vaststellen van een toetredingsleeftijd’ (zie r.o. 43).
20. Als gezegd: het Hof volgt het pleidooi van de AG en de desbetreffende lidstaten voor een ruimere uitleg van artikel 6 lid 2 niet. Het Hof oordeelt, dat het gebruik van leeftijdscriteria bij het berekenen van de premie in de eerste plaats niet onder artikel 6 lid 2 valt, omdat:

“De pensioenbijdragen (...) vormen (...) een bestanddeel van het salaris van de werknemers van Experian. De leeftijdsafhankelijke progressiviteit van deze bijdragen kan dus gevolgen hebben die verder strekken dan een eenvoudige vaststelling van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioenuitkeringen”.

21. Ten tweede geeft het Hof geeft aan dat de restrictieve uitleg van artikel 6 lid 2 met zich brengt dat alle uitzonderingen expliciet moeten worden genoemd in de bepaling en dat kenmerkende onderdelen van een pensioenregeling die niet uitdrukkelijk zijn vermeld, zoals met name de vaststelling van de hoogte van de bijdrage, (derhalve) niet onder de uitzondering vallen (r.o. 52; zie ook punt 14 en 15):

“De leeftijdsafhankelijke progressiviteit van deze bijdragen kan dus gevolgen hebben die verder strekken dan een eenvoudige vaststelling van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioenuitkeringen”. “Voorts moet artikel 6, lid 2 (...) restrictief worden uitgelegd. Bijgevolg kunnen binnen de werkingssfeer van deze bepaling niet alle elementen vallen die kenmerkend zijn voor een ondernemings- en sectoriële regeling inzake sociale zekerheid die de risico's van ouderdom en invaliditeit dekt, zoals met name de vaststelling van de hoogte van de bijdragen aan die verzekering, maar enkel die elementen die uitdrukkelijk in die bepaling zijn vermeld”.

22. De voorgaande restrictieve uitleg geldt volgens het Hof ook waar het de vermelding van ‘het gebruik van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen’ betreft. Dit gebruik staat ingevolge het Hof niet op gelijke voet met de uitzonderingen betreffende de vaststelling van toetredingsleeftijden en leeftijden voor het verkrijgen van het recht op pensioenuitkeringen:

“(...) aangezien deze vaststelling in ieder geval niet leidt tot een vaststelling van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioenuitkeringen”.

23. Het Hof benadrukt hier mijns inziens dat het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen geen afzonderlijke uitzonderingsgrond vormt in artikel 6 lid 2, maar slechts kan worden toegepast ten behoeve van of – in de woorden van het Hof – leidend tot – één van de twee uitzonderingsgronden. Het Hof concludeert dat daar geen sprake van is. De leeftijdsafhankelijke progressiviteit van de pensioenbijdragen valt derhalve niet onder artikel 6 lid 2.

Artikel 6 lid1 Richtlijn – objectieve rechtvaardiging

24. De vervolgvraag is of het leeftijds onderscheid bij de premie objectief gerechtvaardigd kan worden op grond van artikel 6 lid 1 van de Richtlijn. Op de beantwoording van deze vraag ga ik hier niet al te diep in. Het valt binnen de bevoegdheden van het Hof een richtsnoer mee te geven aan de verwijzende rechter en dat doet het Hof dan ook (HvJEU 5 maart 2009, C-388/07, Jurispr. P. I-1569, ‘Age Concern England’, punten 47 en 48; en HvJEU 23 november 2006, C-238/05, Jurispr. P. I-11125, ‘Asnef-Equifax en Administración del Estado, punt 40). De Deense rechter zal volgens het Hof met name moet nagaan of de middelen voor het bereiken van het (legitieme) doel van de maatregel passend en noodzakelijk zijn, waarbij tevens geldt dat een specifieke groep werknemers niet al te zeer mag worden benadeeld (‘proportionaliteitstoets’).
25. Het doel van de leeftijdsafhankelijke progressieve premiebijdrage is dat alle werknemers van Experian in staat worden gesteld op de pensioendatum te kunnen beschikken over een redelijk pensioenbedrag. In de eerste plaats worden oudere werknemers in staat gesteld een redelijk pensioen bij elkaar te sparen, zelfs als zij op latere leeftijd in dienst treden (r.o. 59). Ook beoogt de maatregel jongeren – zonder gebruik van een toetredingsleeftijd – tijdig in de pensioenregeling te integreren. Doordat voor hen een lagere werknemersbijdrage (en werkgeversbijdrage) wordt gehanteerd kunnen jonge werknemers voorts over een groter deel van hun salaris beschikken. Ook stijgt de premie voor ouderen ten dele omdat de dekking van het overlijdensrisico's, arbeidsongeschiktheid en ernstige ziekte risico's stijgt naarmate de leeftijd van werknemers toeneemt. De voorgaande doelstellingen passen binnen het kader van een sociaal, werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid. De doelstellingen zijn legitiem volgens het Hof, omdat rekening wordt gehouden met het totaalbelang van de werknemers van Experian door in te zetten op het bereiken van een redelijk pensioen voor een ieder vanaf de pensioendatum (r.o. 62). Of de leeftijdsgerelateerde pensioenpremie daadwerkelijk passend is om het daarmee gestelde doel te behalen, hangt af van de vraag of met de maatregel de doelstellingen op coherente en systematische wijze worden nagestreefd (zie r.o. 67). Het Hof geeft in dit

verband mee aan de Deense rechter goed te kijken naar de noodzaak van de maatregel en te bezien of de voordelen voor Kristensen bij een lagere premie – een hoger netto salaris – de nadelen hiervan – een lagere werkgeversbijdrage en een lagere pensioenopbouw op jonge leeftijd – voldoende compenseren.

Consequenties van het arrest voor Nederland

26. Het belang van het arrest Kristensen/Experian is voor Nederland dat het gebruik in pensioenregelingen van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen ten onrechte is beschouwd als afzonderlijke uitzonderingsgrond. Artikel 8 lid 3 Wgbla zal moeten worden geschrapt – en verwerkt in lid 2 – of aangepast.
27. Een volgende consequentie van het arrest is dat de nationale rechter artikel 6 lid 2 Richtlijn, zoals geïmplementeerd in artikel 8 lid 3 WGBLA niet steeds juist heeft toegepast, wat betreft het toegestane gebruik van leeftijdsgerelateerde actuariële berekeningen.
28. Ook zal naar mijn verwachting in een wezenlijk aantal pensioenregelingen onderscheid zijn gemaakt naar leeftijd bij de actuariële berekeningen, dat niet onder de eerste twee uitzonderingsgronden kan worden gebracht in artikel 6 lid 2 Richtlijn (zie punt 23). Dergelijk onderscheid is alleen toelaatbaar, indien hiervoor een objectieve rechtvaardiging aanwezig is (artikel 6 lid 1 Richtlijn en artikel 7 Wgbla). Zonder rechtvaardiging is het gemaakte leeftijds onderscheid nietig (artikel 13 Wgbla). Een toename van het aantal rechtszaken op dit punt, is niet ondenkbaar.
29. Voor de Nederlandse pensioenpraktijk is van belang, dat er al geruime tijd een verschil van inzicht bestaat tussen de Nederlandse regering en het CRvM over de vraag of zowel de werkgevers- als de werknemersbijdrage onder de reikwijdte van artikel 6 lid 2 Richtlijn en artikel 8 lid 3 CRvM kunnen vallen. De regering is van mening dat beide bijdragen onder de reikwijdte vallen en dat artikel 6 lid 2 Richtlijn hiervoor ruimte biedt, terwijl het CRvM meent dat alleen de werkgeversbijdrage eronder kan vallen (zie voor standpunt regering o.a. *Kamerstukken II 2004/05*, 29 800 XV, nr. 82; *Kamerstukken II 2005/06*, 30 413, nr. 17 en *Kamerstukken II 2008/09*, 30 347, nr. 2 en voor standpunt CRvM o.a. oordeel 2009/98; zie hierover ook uitgebreid M. Heemskerk en E. Lutjens, *Leeftijds onderscheid bij werknemerspremies: actuariael toegestaan of verboden verschil in beloning*, *TPV 2005-3*).
30. Het CRvM oordeelde voor de werknemersbijdrage – naar thans blijkt terecht blijkt - dat er voor het standpunt van de regering geen aanknopingspunten te vinden zijn in de Richtlijn of Wgbla. De premielasten vallen volgens het CRvM in zijn totaliteit wel onder de uitzondering in artikel 8 lid 3 Wgbla, maar de werknemersbijdrage, die daaraan parallel loopt, valt er niet automatisch onder (zie o.a. CRvM oordeel 2007-119). Het CRvM sloot aan bij de lijn van de rechtspraak over discriminatie bij de premie op grond van geslacht (zie Richtlijn 86/378 en art. 12c WGB m/v) en oordeelde dat bij de werknemersbijdrage in beginsel geen differentiatie naar premie mag plaats vinden (zie o.a. CRvM oordeel 2009/98).
31. Het CRvM heeft geoordeeld dat de “ongelijke” werknemersbijdragen slechts zijn toegestaan indien hiervoor een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Een voorbeeld van een oordeel waarin geen sprake was van een objectieve rechtvaardiging – er werd niet aan het proportionaliteitsvereiste voldaan – is oordeel 2009/98 van het CRvM. In dit oordeel overwoog het CRvM dat het bedrijf met leeftijdgerelateerde werknemersbijdragen twee legitieme doelen nastreeft: het bereiken van een pensioenvoorziening van een adequaat niveau en voorkomen dat de kosten van het werkgeversdeel van de premie zo hoog oplopen dat het (te) onaantrekkelijk wordt om oudere werknemers in dienst te nemen of te houden. Het CRvM meende echter dat het middel disproportioneel was aan het doel en dat het doel ook kon worden bereikt door te kiezen voor een eind- of middelloonregeling waarbij geen sprake is van leeftijds onderscheid. Indien de werkgever de premieregeling wilde behouden, moest deze er voor zorgen dat oudere werknemers in verhouding tot jongere werknemers geen (fors) groter deel van hun inkomen kwijt zijn, aldus het CRvM (r.o 3.17).
32. Wat betreft de werkgeversbijdrage waren zowel de regering als de CRvM van opvatting dat deze onder de actuariële berekeningen-uitzondering van artikel 8 lid 3 Wgbla valt. Dit is gelet op het arrest van het Hof niet meer vol te houden. Ook deze bijdragen zullen objectief gerechtvaardigd moeten worden om toegestaan te zijn.

Tot slot: welke pensioenregelingen worden geraakt door het arrest?

33. De uitleg van het Hof over het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen kan zowel consequenties hebben voor defined-benefit regelingen (middelloon en eindloonregelingen) als voor defined-contribution

regelingen (beschikbare premiereregelingen). Pensioenuitvoerders maken bij de berekening van premies en koopsommen, die benodigd zijn voor de financiering van pensioen, gebruik van actuariële berekeningen. Leeftijd is in dit verband een belangrijke grondslag voor de berekeningen in relatie tot levens- en sterftetekansen en de gemiddelde levensduur. Met andere woorden: de kosten van een pensioenvoorziening zijn (mede) afhankelijk van de leeftijd van de deelnemers.

34. Het arrest Kristensen/Experian zal naar mijn verwachting geen directe gevolgen hebben voor het gebruik van de doorsneepremie in verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregelingen en andere pensioenregelingen (middelloon- en eindloonregeling). De hoogte van de doorsneepremie is niet (rechtstreeks) gekoppeld aan de individuele leeftijd van een werknemer, maar wordt vastgesteld als percentage van de pensioengrondslag of als procentueel gelijke premie (art. 8 lid 1 Wet Bpf 2000). De solidariteitsgedachte hierachter is dat jongeren solidair zijn met ouderen, doordat de actuariële waarde van de pensioenpremie van jongere werknemers tot ongeveer het 46e levensjaar meer waarde heeft dan die van de oudere werknemers. Ook het werkgeversdeel van de doorsneepremie is niet rechtstreeks gekoppeld aan de individuele leeftijd van een werknemer. Voor de hoogte van de uitkering is de doorsnee-opbouw van belang. Ook deze doorsnee-opbouw wordt onafhankelijk van de individuele leeftijd van een werknemer vastgesteld. Uitgangspunt van de doorsneesystematiek is dat alle werknemers aan een pensioenregeling (in theorie) een gelijkwaardig pensioen kunnen opbouwen.
35. Bij defined-benefit regelingen kan overigens wél sprake zijn van leeftijdsonderscheid bij de actuariële berekeningen, indien variaties worden aangebracht in een regeling. Uit oordelen van het CRvM blijkt bijvoorbeeld dat mitigering van de pensioenopbouw vanaf een bepaalde leeftijd, ter beheersing van de kosten, niet steeds objectief gerechtvaardigd wordt geacht (zie o.a. CRvM oordeel 2004-46 en 2004-122). Het CRvM meende in deze gevallen dat de doelen van de mitigering ook hadden kunnen worden bereikt zonder onderscheid naar leeftijd te maken. In bovenstaande oordelen werd bijvoorbeeld als alternatief naar voren gebracht dat salarisverhogingen slechts voor een bepaald percentage zouden meetellen voor de pensioenopbouw of tot aftopping van de pensioenopbouw boven een bepaald salarisplafond zou kunnen plaatsvinden.
36. Bij beschikbare premiereregelingen is het een heel ander verhaal. Leeftijd speelt in de actuariële berekeningen een grote rol. Hoe dichter een werknemer bij de pensioendatum in de buurt komt, hoe kostbaarder de premie. Er wordt doorgaans gebruik gemaakt van premiedifferentiatie op grond van leeftijd, waarbij de verschillen zijn gebaseerd op actuariële berekeningen. De rechter heeft zich de afgelopen jaren al vaker gebogen over vermeend leeftijdsonderscheid in beschikbare premiereregelingen op grond van artikel 8 lid 3 Wgbla. Het is vaste rechtspraak van het CRvM dat het hanteren van een voor iedereen gelijke premie (percentage van de pensioengrondslag) of een actuariële gelijke premie, resulterend in een voor iedereen gelijk pensioenresultaat, is toegestaan. Hierbij dient het toepasselijke fiscale Staffebesluit te worden gevolgd of daaraan parallel te lopen. Deze lijn zal gezien het arrest Kristensen/Experian in de toekomst veranderen.
37. Met name springt in het oog dat bij beschikbare premiereregelingen gebruik wordt gemaakt van leeftijdsgerelateerde cohortsgewijze staffels voor de vaststelling van de hoogte van de pensioenpremie. Dit gebruik valt meen ik in beginsel niet onder de uitzonderingen van artikel 6 lid 2 van de Richtlijn en zal (alsnog) objectief gerechtvaardigd moeten worden met het oog op een sociaal, werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid. Mits goed aangekleed kan het onder meer gaan om doelstellingen die zien op de solidariteitsgedachte (zie o.a. punt 34).
38. Ten slotte nog enkele afsluitende gedachten voor de toekomst: het Kristensen/Experian arrest is tevens relevant voor de toekomst van (de invulling van) ons pensioenstelsel, waar de regering zich de komende tijd over buigt. Mogelijke alternatieven die de afgelopen tijd zijn aangedragen voor de doorsneepremie of doorsnee-opbouw, waarbij een koppeling met de leeftijd zou moeten plaats vinden, worden door dit arrest bemoeilijkt. Op verdere haken en ogen van dit arrest voor de vormgeving van het Nederlandse pensioenstelsel kom ik terug in andere publicaties.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Zie voor literatuur en rechtspraak, waarin het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen als derde uitzonderinggrond wordt beschouwd: de vaste oordelenlijn van het CRvM, waaronder CRvM oordelen 2007-146, en oordelen 2004-51 en 52 (PJ 2004/88 en 89); zie ook M. Heemskerk in E. Lutjens, *Analyse en Commentaar Pensioenwet*, Kluwer: Deventer 2013, p. 500-503; E. Lutjens en M. Heemskerk, Leeftijdsonderscheid bij werknemerspremies: actuarieel toegeestaan of verboden verschil in beloning”, TPV 2005-3 en M.D. Vis, De Commissie gelijke behandeling neemt de pensioenregeling onder vuur!, AR 2004, 56.